

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. CHRISTINE STIX-HACKL

de 12 de abril de 2005<sup>1</sup>

**I. Observaciones preliminares**

1. El presente procedimiento prejudicial versa sobre el alcance del Derecho primario en el ámbito de la contratación pública. En particular, trata la cuestión de qué obligaciones incumben a la entidad adjudicadora en virtud de las libertades fundamentales. Así pues, este procedimiento ofrece al mismo tiempo una posibilidad de precisar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la sentencia dictada en el asunto *Telaustria y Telefonadress*.<sup>2</sup>

tos públicos procede mencionar los siguientes actos jurídicos (en lo sucesivo, «Directivas»), que ya han sido sustituidos por nuevas Directivas (el denominado paquete legislativo):

— de las denominadas Directivas clásicas, la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Directiva de servicios»), y

**II. Marco jurídico**

**A. Derecho comunitario**

2. En el ámbito del Derecho comunitario derivado relativo a la adjudicación de contra-

— la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones<sup>4</sup> (en lo sucesivo, «Directiva de sectores»).

1 — Lengua original: alemán.

2 — Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress* (C-324/98, Rec. p. I-10745).

3 — DO L 209, p. 1, modificada.

4 — DO L 199, p. 84, modificada.

**B. Derecho nacional**

3. El artículo 22, apartado 3, de la Ley nº 142/1990, de 8 de junio de 1990, sobre la autonomía local,<sup>5</sup> permitía a los municipios y provincias gestionar los servicios públicos locales comprendidos en su ámbito de competencias en una de las formas mencionadas en sus letras a) a e):

e) mediante sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada con capital público mayoritario, que hayan sido constituidas por la institución o en las que participe la institución que sea titular del servicio público.

a) mediante gestión directa, cuando debido a las dimensiones modestas o a las características del servicio no resulta oportuno crear una institución o una empresa;

b) mediante concesión («concessione») a terceros, cuando existan razones técnicas, económicas o de conveniencia social;

c) mediante empresas especiales, también para la gestión de varios servicios de interés económico y comercial;

d) mediante instituciones, para el ejercicio de servicios sociales sin interés comercial;

**III. Hechos, procedimiento principal y cuestión prejudicial**

4. El Consorzio Aziende Metano (en lo sucesivo, «Co.Na.Me.») había celebrado con el municipio de Cingia de' Botti el «contrato para la adjudicación del servicio de mantenimiento, conducción y vigilancia de la red de gas metano» con duración del 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2000.

5. Mediante escrito de 30 de diciembre de 1999, el municipio de Cingia de' Botti comunicó a Co.Na.Me. que, mediante acuerdo de 21 de diciembre de 1999, el Consejo Municipal había aprobado el «Convenio para la gestión de la distribución y mantenimiento de la instalación de gas con Padania Acque SpA». En virtud del mismo acuerdo se aprobó asimismo el borrador de convenio entre Padania Acque SpA (en lo sucesivo, «Padania») y el municipio de Cingia de' Botti.

6. Padania es una sociedad de capital principalmente público que procede de la transformación del antiguo Consorzio per

5 — GURI nº 135, de 12 de junio de 1990.

Esta Ley se convirtió en el artículo 113 del Decreto Legislativo nº 267, de 18 de agosto de 2000. Esta disposición fue modificada posteriormente por el artículo 35, apartado 1, de la Ley nº 448, de 28 de diciembre de 2001 (Ley presupuestaria para el ejercicio 2002).

l'acqua potabile (Consortio del agua potable) de los municipios de la provincia de Cremona. En dicho Consortio participan casi todos los municipios de la citada provincia, entre ellos el de Cingia de' Botti, que posee el 0,97 % del capital, así como la provincia de Cremona.

permita por sí misma controlar directamente la gestión de la sociedad y debe afirmarse en consecuencia que, como sucede en el caso de autos, al ser la participación del 0,97 %, no concurren las características de la gestión directa?»

7. Habida cuenta de las características de esta sociedad, el servicio de que se trata le fue atribuido mediante el sistema de adjudicación directa con arreglo al artículo 22, apartado 3, letra e), de la Ley n° 142.

#### IV. Sobre la admisibilidad

8. Co.Na.Me. impugnó ante el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia el acuerdo del municipio. El T.A.R. ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

9. La presente petición de decisión prejudicial suscita varias cuestiones relativas a la admisibilidad.

##### A. Sobre el artículo 81 CE

«¿Se oponen los artículos 43 [CE], 49 [CE] y 81 CE, al prohibir respectivamente las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros, así como las prácticas comerciales y societarias que puedan impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro de la Unión Europea, a la adjudicación directa, es decir, sin licitación, de la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad con participación pública municipal, cuando dicha participación en el capital social no

10. Existen dudas sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial con respecto al artículo 81 CE.

11. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional nacional debe mencionar las razones precisas que lo han llevado a solicitar la interpretación del Derecho comunitario y a estimar

necesario el planteamiento de cuestiones prejudiciales.<sup>6</sup> Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que es indispensable que el Juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio.<sup>7</sup>

12. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que no le corresponde pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.<sup>8</sup>

13. Por cuanto atañe a las mencionadas exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la admisibilidad de cuestiones prejudiciales, ha de señalarse que las declaraciones contenidas en la resolución de remisión sobre el artículo 81 CE, abstracción hecha de la reproducción de su tenor, se limitan a afirmar que la libre competencia es un principio general del Derecho comunitario y que cualquier medida restrictiva de la misma constituye un supuesto totalmente excepcional que sólo está permitido en determinadas condiciones.

14. Así pues, la resolución de remisión no satisface las exigencias de la jurisprudencia antes citada, por no estar fundamentada la petición de interpretación del Derecho comunitario.

15. Además, según reiterada jurisprudencia, las cuestiones prejudiciales son únicamente admisibles en la medida en que la resolución de remisión contenga indicaciones suficientes sobre los hechos del procedimiento principal.<sup>9</sup>

16. A tal respecto, en el Derecho de la competencia, al que pertenece también el artículo 81 CE, relativo a la prohibición de prácticas restrictivas, han de aplicarse parámetros particularmente estrictos.<sup>10</sup>

17. Por cuanto atañe al artículo 81 CE, la resolución de remisión tampoco satisface las exigencias relativas al marco fáctico. Así, en la resolución de remisión faltan, en particular, indicaciones sobre las empresas participantes y sobre los actos que, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, quedan comprendidos en el artículo 81 CE.

6 — Autos de 12 de marzo de 2004, *Austroplant-Arzneimittel* (C-54/03, no publicado en la Recopilación), apartado 11; de 25 de junio de 1996, *Italia Testa* (C-101/96, Rec. p. I-3081), apartado 6; de 30 de abril de 1998, *Testa y Modesti* (asuntos acumulados C-128/97 y C-137/97, Rec. p. I-2181), apartado 15, y de 8 de julio de 1998, *Agostini* (C-9/98, Rec. p. I-4261), apartado 6.

7 — Autos *Austroplant-Arzneimittel*, citado en la nota 6 *supra*, apartado 11; de 7 de abril de 1995, *Grau Gomis y otros* (C-167/94, Rec. p. I-1023), apartado 9, y de 28 de junio de 2000, *Laguillaumie* (C-116/00, Rec. p. I-4979), apartado 16.

8 — Auto *Austroplant-Arzneimittel*, citado en la nota 6 *supra*, apartado 12, y sentencias de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 39, y de 22 de enero de 2002, *Canal Satellite Digital* (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 19.

9 — Sentencia de 26 de enero de 1993, *Telemarsicabruzzo y otros* (asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 6, y los autos de 19 de marzo de 1993, *Banchero* (C-157/92, Rec. p. I-1085), apartado 4; *Testa y Modesti*, citado en la nota 6 *supra*, apartado 5; *Agostini*, citado en la nota 6 *supra*, apartado 4, y *Austroplant-Arzneimittel*, citado en la nota 6 *supra*, apartado 10.

10 — Sentencia de 13 de abril de 2000, *Lehtonen y Castors Braine* (C-176/96, Rec. p. I-2681), apartado 22, y en los autos *Banchero*, citado en la nota 9 *supra*, apartado 5; *Laguillaumie*, citado en la nota 7 *supra*, apartado 19, y de 11 de febrero de 2004, *Antonio Cannito* (asuntos acumulados C-438/03, C-439/03, C-509/03 y C-2/04, Rec. p. I-1605) apartado 6.

18. Así pues, la resolución de remisión no cumple los requisitos de admisibilidad de la cuestión prejudicial en relación con el artículo 81 CE.

### B. Sobre las libertades fundamentales

19. Asimismo, surgen problemas de admisibilidad de la cuestión prejudicial con respecto a las libertades fundamentales mencionadas (artículos 43 CE y 49 CE).

20. Así, el Tribunal de Justicia declaró inadmisibles una petición de decisión prejudicial procedente del mismo Estado miembro e igualmente relativa a la adjudicación de contratos públicos porque en tal asunto la empresa que ponía en duda la legalidad de la elección realizada por un municipio tenía su domicilio social en Italia y operaba en el mercado italiano sin acogerse a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que una situación de este tipo no presenta, por tanto, ningún elemento de conexión con alguna de las situaciones previstas por el Derecho comunitario en el ámbito de la libre circulación de personas y de servicios. Las libertades fundamentales no son aplicables cuando todos los elementos de una situación se circunscriben al interior de un solo Estado miembro y, por tanto, no presenta ningún elemento de conexión con alguna de las situaciones previstas por el

Derecho comunitario en el ámbito de la libre circulación de personas y servicios. A esta conclusión llegó el Tribunal de Justicia en el asunto RLSAN.<sup>11</sup>

21. Ahora bien, el Tribunal de Justicia también ha declarado admisibles peticiones de decisión prejudicial y las ha respondido con indicaciones sobre la interpretación y aplicación de Derecho primario a pesar de tener por objeto situaciones estrictamente nacionales.<sup>12</sup> En el ámbito de la adjudicación de contratos públicos cabe mencionar a este respecto el asunto Telaustria y Telefonadress,<sup>13</sup> en el que las partes del procedimiento principal procedían de un mismo Estado miembro. Además, debe señalarse el asunto Buchhändler-Vereinigung,<sup>14</sup> en el que se aplicaron los principios desarrollados en el asunto Telaustria y Telefonadress. En este último procedimiento todas las partes eran también del mismo Estado miembro. Lo mismo cabe decir en relación con el asunto ARGE, en el que, sin embargo, el Tribunal de Justicia respondió a una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de una libertad fundamental.<sup>15</sup>

22. Se plantea, pues, la cuestión de por qué el Tribunal de Justicia, a pesar de que la situación fáctica en estos asuntos era similar

11 — Sentencia de 9 de septiembre de 1999, RLSAN. (C-108/98, Rec. p. I-5219), apartados 21 y ss.

12 — Véase también la sentencia de 5 de marzo de 2002, Reisch y otros (asuntos acumulados C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, Rec. p. I-2157), apartados 24 y ss., que, sin embargo, no versaba sobre la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos.

13 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*.

14 — Auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Rec. p. I-4685).

15 — Sentencia de 7 de diciembre de 2000 (C-94/99, Rec. p. I-11037), relativa en particular a la tercera cuestión prejudicial.

a la del asunto R.I.SAN., se pronunció sobre el fondo de estas tres peticiones de decisión prejudicial relativas a adjudicaciones de contratos públicos. Una posible razón podría estribar en que en los asuntos Telaustria y Telefonadress y Buchhändler-Vereinigung las cuestiones prejudiciales estaban expresamente dirigidas a la interpretación de Directivas. Por el contrario, la cuestión prejudicial del presente procedimiento versa expresamente sobre el Derecho primario, en particular sobre dos libertades fundamentales.

23. De ello podría deducirse que la admisibilidad de una cuestión prejudicial dependerá del tipo de normativa a la que se refiera expresamente, es decir, de si versa sobre Derecho primario o sobre Derecho derivado.<sup>16</sup>

24. Por la admisibilidad de la cuestión prejudicial en el presente procedimiento, en relación con las libertades fundamentales controvertidas, abogan dos razones: en primer lugar, una razón procesal y, en segundo lugar, una razón material.

25. Desde una perspectiva procesal, ha de recordarse que en un procedimiento prejudicial corresponde al Tribunal de Justicia aportar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil. Por esta razón, en determinados casos el Tribunal de Justicia llega a reformular las cuestiones prejudicia-

les. Sin embargo, esto no es posible en el presente asunto, pues la cuestión está dirigida expresamente a la interpretación del Derecho primario y no de las Directivas y el Juez nacional ha corroborado este extremo en un escrito de respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia al respecto.

26. En última instancia, puede quedar abierta la cuestión de si, en este contexto, el procedimiento principal versa sobre una concesión o sobre un contrato público en el sentido del Derecho comunitario. En efecto, al Tribunal de Justicia le basta la existencia de cuestiones prejudiciales de las que «pued [a] tomar en consideración otros criterios interpretativos que *puedan* resultar útiles para la solución del litigio principal». <sup>17</sup> Así pues, no es necesario que dichos criterios se apliquen *efectivamente* a la situación concreta del procedimiento principal.

27. Desde una perspectiva material, hay que evitar una dogmatización de la solución elegida en el asunto R.I.SAN. En efecto, precisamente en la normativa sobre adjudicación de contratos públicos, que está dirigida a la apertura de los mercados nacionales, no puede constituir un elemento determinante el hecho de que en un procedimiento concreto de adjudicación o en el procedimiento de recurso nacional inmediatamente posterior todas las partes procedan del mismo Estado miembro de la entidad adjudicadora. <sup>18</sup> Ello podría interpretarse como un indicio de que no se ha dado

16 — Véase en cambio, la sentencia de 5 de diciembre de 2000, Guimont (C-448/98, Rec. p. I-10663). En este asunto la cuestión prejudicial versaba expresamente sobre la interpretación de Derecho primario.

17 — Sentencia Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 2 *supra*, apartado 59; el subrayado es mío.

18 — Véase, por ejemplo, el supuesto de la sentencia ARGE, citada en la nota 15 *supra*.

la necesaria publicidad al procedimiento de adjudicación y, en consecuencia, no ha podido participar ninguna empresa extranjera. No sólo sucede así en el caso de las Directivas de adjudicación de contratos públicos, sino también en el de las libertades fundamentales de que se trata. Así pues, no sólo debe protegerse a las empresas que efectivamente participen en un procedimiento de adjudicación, sino también a los potenciales licitadores. En consecuencia, la existencia de un perjuicio potencial para empresas de otros Estados miembros basta para que se dé una situación transfronteriza y, por tanto, para que concurra un requisito para la aplicación de las libertades fundamentales.

28. Estas razones abogan por la admisibilidad de la cuestión prejudicial en la medida en que versa sobre las libertades fundamentales consagradas en los artículos 43 CE y 49 CE.

## V. Sobre la fundamentación

29. La cuestión prejudicial, en la medida en que es admisible, versa en lo esencial sobre el alcance de los artículos 43 CE y 49 CE, y en particular en relación con las exigencias o prohibiciones aplicables a los procedimientos de adjudicación que pueden derivarse de los citados artículos.

30. Por consiguiente, se refiere a una parte esencial de las exigencias que el Tribunal de Justicia ha denominado, «en general, las

normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».<sup>19</sup>

### A. Observaciones preliminares relativas a las disposiciones aplicables

31. Si bien la cuestión prejudicial se refiere expresamente a la interpretación de determinadas disposiciones de Derecho primario, ello no implica de por sí que proceda aplicar tales disposiciones.

32. Antes bien, su aplicabilidad se determina en función de si el supuesto concreto de adjudicación del procedimiento principal cumple los requisitos para la aplicación de estas normas de Derecho primario.

33. A tal respecto, no resulta decisivo que el Juez nacional haya calificado el procedimiento de adjudicación de «concesiones», pues esta denominación podría referirse también al Derecho nacional, que conoce este concepto. Sin embargo, el concepto nacional no debe coincidir necesariamente con el del Derecho comunitario. Pero

19 — Sentencia Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 2 *supra*, apartado 60; confirmada con otra formulación en el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505), apartado 20.

aunque el juez nacional hubiera querido referirse al concepto comunitario de concesión, esta calificación del procedimiento principal no es necesariamente acertada.

34. Y aunque se cumplieran los requisitos para la aplicación del Derecho derivado, queda todavía un punto sin elucidar, a saber, en qué Directiva está comprendida la situación concreta. En efecto, a tal respecto ha de observarse que el Tribunal de Justicia no conoce la situación concreta en todos los detalles pertinentes.

35. Dado que los municipios, en cuanto entes territoriales, son entidades adjudicadoras públicas tanto en el sentido de las Directivas clásicas de adjudicación de contratos públicos como en el sentido de la Directiva de sectores, procedería, pues, elucidar la finalidad de la adjudicación. De esta finalidad dependerá qué Directiva sea aplicable.<sup>20</sup>

36. Aunque se llegase a la conclusión de que no procede aplicar la Directiva de sectores — específica en relación con las otras Directivas —, quedaría por determinar en cuál de las Directivas clásicas de adjudicación de contratos públicos queda comprendida la adjudicación. A tal fin, resultará decisivo que la adjudicación tenga por objeto el suministro de mercancías, por ejemplo, la distribución

de energía, o la prestación de servicios, por ejemplo, el suministro. Si se trata de una adjudicación mixta y combina, pues, ambos objetos, la respuesta dependerá, con arreglo al artículo 2 de la Directiva de servicios, del valor de los elementos de la adjudicación.

37. Aunque no puede deducirse de los autos, no parece excluido que el procedimiento principal verse sobre tal adjudicación mixta, a la vista de la práctica en el Estado miembro de que se trata, como demuestra un procedimiento prejudicial ya resuelto por el Tribunal de Justicia.<sup>21</sup>

38. Al igual que en asunto RLSAN., el Tribunal de Justicia no puede comprobar la exactitud de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según las cuales, el litigio principal no se refiere a la adjudicación de un contrato público de servicios.<sup>22</sup>

39. Ahora bien, aunque una adjudicación concreta cumpla en principio todos los requisitos para la aplicación de una de las Directivas, el procedimiento de adjudicación concreto puede quedar excluido de la Directiva de que se trate. Así, en el caso de autos, junto a una de las excepciones expresas de la Directiva, como por ejemplo

20 — A tal respecto, véase la sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania (asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609), y de 18 de noviembre de 2004, Comisión/Alemania (C-126/03, Rec. p. I-11195).

21 — Auto de 14 de noviembre de 2002, Comune di Udine (C-310/01, no publicado en la Recopilación).

22 — Sentencia RLSAN., citada en la nota 11, apartado 20.



el artículo 13 de la Directiva de sectores, podría aplicarse una de las excepciones no escritas pero desarrolladas por el Tribunal de Justicia, como la excepción Teckal<sup>23</sup> interpretada en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle,<sup>24</sup> en relación con las denominadas adjudicaciones cuasi internas. Si tal fuera el caso, se aplicaría a su vez el Derecho primario.

adjudicadores que se infieren de las libertades fundamentales consagradas en los artículos 43 CE y 49 CE, versa sobre la cuestión básica de si las libertades fundamentales no sólo establecen prohibiciones en forma de limitaciones a la actuación de los Estados miembros, sino también obligaciones positivas y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles.

40. Esto también sería causa de que el juez nacional limite la cuestión prejudicial a la interpretación del Derecho primario.

41. En efecto, si ninguna de las Directivas fuera efectivamente aplicable, las libertades fundamentales, que imponen a los Estados miembros en particular obligaciones de igualdad de trato y de transparencia frente a los operadores del mercado de otros Estados miembros, podrían ser pertinentes en la resolución del caso de autos.

43. Algunas de las prohibiciones que pueden deducirse de las libertades fundamentales pueden calificarse sin problemas como limitaciones que, por lo demás, han constituido objeto de innumerables procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Justicia. En el ámbito de la adjudicación de contratos públicos se ha hecho referencia únicamente a la prohibición que se infiere de la libre circulación de mercancías, según la cual «una entidad adjudicadora [no puede introducir] en el pliego de condiciones relativo al citado contrato una cláusula que exija, para la ejecución del contrato, la utilización de un producto de una marca determinada, sin añadir la mención “o equivalente”». <sup>25</sup>

### *B. Libertades fundamentales y obligaciones positivas*

42. El presente procedimiento, que trata sobre las obligaciones de las entidades

44. Ahora bien, los hechos del citado asunto y su tratamiento por el Tribunal de Justicia ponen claramente de manifiesto que una prohibición de omitir una actuación, a saber, añadir una mención determinada, puede entenderse también como una exigencia de hacer algo, a saber, utilizar una determinada mención.

23 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121).

24 — Sentencia de 11 de enero de 2005 (C-26/03, Rec. p. I-1).

25 — Auto Vestergaard, citado en la nota 19 *supra*, apartado 24.

45. Extrapolado a los hechos del presente procedimiento prejudicial, ello significa que esta situación puede entenderse al menos de dos formas. Por un lado, podría examinarse si las libertades fundamentales —entendidas como limitaciones— establecen una prohibición de adjudicar libremente o de adjudicar directamente contratos públicos. Por otro lado, podría examinarse si obligan a un determinado grado de publicidad o a una determinada publicidad. Así, dependiendo de que de ellos se predique una acción o una omisión, se llegará o no a una obligación positiva.

46. Pero también existe otra razón por la que resulta de todo punto necesario abordar, al objeto de responder a la cuestión prejudicial en el presente caso, el problema de las obligaciones positivas.

47. En efecto, la presente situación puede considerarse también desde la perspectiva del derecho de defensa. La actuación de la entidad adjudicadora o concedente puede considerarse, en efecto, como una injerencia en un derecho de otro y, en particular, como una injerencia en el derecho de las empresas a participar en un procedimiento de adjudicación o a presentar una oferta. Los Estados miembros, incluida la entidad adjudicadora o concedente, deben velar por la observancia de ese derecho derivado del Derecho comunitario.

48. Con ánimo de exhaustividad, ha de señalarse por último que la presente situa-

ción podría examinarse también en función de si da lugar a una obligación de protección o a una obligación de garantía del ente territorial de que se trata. En cualquier caso, no se discute que un Estado miembro, y a tal ha de considerarse perteneciente el municipio objeto del procedimiento, está obligado a salvaguardar las libertades fundamentales, en el presente asunto en favor de las empresas, es decir, de los potenciales licitadores.

49. El punto de apoyo esencial para responder a la cuestión de si las libertades fundamentales contienen *obligaciones positivas* y qué contenido tienen éstas lo constituye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el reconocimiento mutuo.

50. De esta jurisprudencia se infiere incluso la obligación de los Estados miembros de incoar y aplicar un determinado procedimiento. La exigencia de una actuación positiva se dirige tanto al legislador como a la administración y al poder judicial. Los criterios inferidos de las libertades fundamentales versan en particular sobre el contenido del procedimiento, por ejemplo sobre la realización de un determinado examen. Desde una perspectiva procesal, este examen se especifica ulteriormente al prescribirse su finalidad y su método, consistente en proceder mediante la comparación de determinados documentos. Además,

las decisiones deben estar motivadas y ser recurribles judicialmente.<sup>26</sup>

51. Estos criterios pueden extrapolarse a la normativa sobre adjudicación de contratos públicos, en la que también es relevante la observancia de determinados principios procesales. Así pues, de la anterior jurisprudencia sobre reconocimiento mutuo cabe inferir que las libertades fundamentales imponen sin duda alguna a los Estados miembros determinadas *exigencias* procesales.

52. Otra fuente de Derecho primario, además de las libertades fundamentales, de la que pueden inferirse exigencias procesales es el artículo 10 CE. Su primer párrafo contiene inequívocamente una exigencia de actuación dirigida a los Estados miembros («los Estados miembros adoptarán todas las medidas [...]»). De esta disposición general y de principio puede cuando menos inferirse la exigencia de que los procedimientos y, por ende, también los procedimientos de adjudicación, estén configurados de forma que los Estados miembros cumplan las obligaciones sustantivas que le incumben en virtud del Derecho comunitario.

53. En la medida en que del Derecho comunitario —en el presente procedimiento, las libertades fundamentales— pueden inferirse determinadas obligaciones, los Estados

miembros, incluidos los municipios, deben establecer, con respecto a los contratos públicos o las concesiones, determinadas actuaciones, tales como la observancia de determinados plazos o proceder a determinadas publicaciones.

54. Además, en relación con el artículo 10 CE hay que tener en cuenta los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad derivados de este artículo, que establecen determinados límites a la normativa procesal de los Estados miembros, incluida la normativa procesal en materia de adjudicación de contratos públicos. Estas exigencias no afectan únicamente a la tutela judicial, sino también a la fase anterior, a saber, a la tramitación de procedimientos de adjudicación. A tal respecto, deberá analizarse cada caso «teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades [...]».<sup>27</sup>

55. Estas exigencias de Derecho primario, que completan las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de las libertades fundamentales, son de gran importancia precisamente fuera del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos.

56. Por último, ha de hacerse hincapié en los principios generales del Derecho, de los que también pueden inferirse criterios para la

26 — Sentencia de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Rec. p. I-2357), apartados 16 y ss.

27 — Sentencias de 10 de abril de 2003, Steffensen (C-276/01, Rec. p. I-3735), apartado 66, y de 27 de febrero de 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877), apartado 56.

normativa procesal nacional y que también pueden ser relevantes en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos. Así ocurre, en particular, con el principio general de igualdad (principio de igualdad de trato), que va más allá de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

*C. Obligaciones derivadas de las libertades fundamentales en materia de contratos públicos*

1. *Ámbito de aplicación restringido de las libertades fundamentales*

57. Aunque se sostenga la aplicabilidad del principio de las libertades fundamentales a las entidades públicas adjudicadoras y concedentes, ello no significa en modo alguno que de este modo todo procedimiento de adjudicación quede sujeto a las libertades fundamentales.

58. Así, no se excluye que una entidad adjudicadora o concedente invoque fundadamente una de las numerosas causas que justifican la inaplicación de las libertades

fundamentales. A tal respecto, cabe considerar no sólo las causas expresamente estipuladas en el Tratado, tales como, por ejemplo, la seguridad pública o la salud pública,<sup>28</sup> sino también los intereses generales en el sentido de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*.

59. La aplicabilidad de principio de las causas de justificación en el ámbito de la adjudicación de concesiones ha sido reconocida también por la Comisión en una de sus comunicaciones.<sup>29</sup> Evidentemente, en el ámbito de las adjudicaciones de contratos públicos también deberán cumplirse los requisitos que se exigen a las causas de justificación —que no se examinarán aquí de forma detallada—, tales como la proporcionalidad de las medidas nacionales.

60. A estas causas de justificación referidas a las libertades fundamentales se suman además las disposiciones que establecen excepciones expresamente previstas en el Tratado. Éstas pueden aplicarse también a la adjudicación de concesiones, con la consecuencia de que la entidad concedente no queda sujeta a las exigencias de las libertades fundamentales.

61. En particular, cabe tomar en consideración aquí las disposiciones relativas a diversos aspectos de la seguridad interior o exterior, a las que se ha aludido también en

28 — Por cuanto respecta a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicio, véanse los artículos 45 CE y 55 CE.

29 — Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DO 2000, C 121), punto 3.1.

la vista. Así, el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), permite a los Estados miembros adoptar las medidas que estimen necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad, lo que, en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos, afecta a la adquisición de determinado material de defensa. Ciertamente, este sector no se adecua forzosamente a las concesiones, pero, en cualquier caso, esta posibilidad no quedaría excluida sobre la base del Derecho comunitario.

62. A su vez, el artículo 297 CE permite a los Estados miembros la adopción de determinadas medidas en caso de darse situaciones concretas de crisis. Esta disposición también se aplica en principio a los suministros.

63. Como se deduce, en especial, del artículo 298 CE, las competencias de los Estados miembros a la hora de aplicar las disposiciones del Tratado antes citadas no son ilimitadas y están sujetas en particular al control de la Comisión y del Tribunal de Justicia.

64. Por último, ha de recordarse otra norma de Derecho primario que, si bien no se refiere a las libertades fundamentales, sí puede actuar como una excepción a éstas. En efecto, el artículo 86 CE, apartado 2, prevé que «las normas del presente Tratado», es decir, también las libertades fundamentales, se observarán «en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». A ello se le añade como ulterior requisito la exigencia de que el desarrollo de

los intercambios no quede afectado. Ahora bien, los destinatarios de esta disposición son —a diferencia de la aplicación a los Estados miembros en relación con el artículo 10 CE— únicamente las empresas, y en concreto sólo aquellas que estén encargadas de la gestión de determinados servicios o que tengan el carácter de monopolio fiscal. En consecuencia, se aplica únicamente a aquellas entidades concedentes que proceda calificar como empresas de tal clase.

65. Así pues, por cuanto respecta al presente procedimiento prejudicial, debería examinarse si la entidad concedente está comprendida en una de las categorías de empresas excluidas y si el modo en que se produjo la adjudicación era necesario para permitir a ésta cumplir su misión de interés general en condiciones económicamente aceptables.<sup>30</sup> Asimismo, es posible que el Estado miembro de que se trate invoque el artículo 86 CE para justificar la cesión de derechos a una empresa.<sup>31</sup>

66. Por último, ha de abordarse la jurisprudencia de los asuntos Teckal<sup>32</sup> y Stadt Halle,<sup>33</sup> invocada en el procedimiento, así como la excepción aplicable a determinadas adjudicaciones a empresas vinculadas, establecida en el artículo 13 de la Directiva de sectores.

30 — Sentencia de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glückner* (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 57, y de 19 de mayo de 1993, *Corbeau* (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 16.

31 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Paises Bajos* (C-157/94, Rec. p. I-5699), apartado 32.

32 — Sentencia citada en la nota 23 *supra*.

33 — Sentencia citada en la nota 24 *supra*.

67. Esta jurisprudencia y la norma antes citada permiten, en condiciones muy determinadas, la inaplicación de las Directivas clásicas en materia de adjudicación de contratos públicos y de la Directiva de sectores. Las adjudicaciones comprendidas en una de estas excepciones no están sujetas, pues, a las disposiciones en materia de adjudicación de Derecho derivado. Sin embargo, de este modo se abre automáticamente el ámbito de aplicación del Derecho primario, incluidas las libertades fundamentales objeto del presente procedimiento.

68. Pero ni la jurisprudencia citada ni la disposición expresa de la Directiva de sectores conducen a una inaplicación del Derecho primario. En efecto, ni en el Derecho primario ni en la jurisprudencia se encuentra punto de apoyo alguno para una excepción tan amplia al Derecho comunitario. Así pues, si a la adjudicación del procedimiento principal ha de aplicarse el Derecho primario, deja de suscitarse la cuestión del alcance de la jurisprudencia y de la disposición de la Directiva de sectores antes citada, pues se trata de excepciones a la aplicación del Derecho derivado.

2. ¿Exige el Derecho primario una gradación o existe un régimen uniforme en materia de adjudicación de contratos públicos?

69. Aunque se haga constar la aplicabilidad del Derecho primario, en particular de las libertades fundamentales, a una adjudicación

concreta, ha de elucidarse a continuación las obligaciones concretas que incumben a la entidad adjudicadora o concedente. Se trata, pues, de examinar el régimen de las adjudicaciones que eventualmente se derive de las libertades fundamentales.

70. En primer lugar, a tal respecto, resulta dudoso que las libertades fundamentales establezcan un régimen, y además un régimen uniforme, es decir, que se impongan las mismas exigencias a todas las adjudicaciones a las que son aplicables. En un nivel de abstracción elevado se puede llegar a esta conclusión. Así, las entidades adjudicadoras concedentes que forman parte de los Estados miembros deben observar, por ejemplo, la prohibición de discriminación y determinadas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

71. Sin embargo, la circunstancia de que de las libertades fundamentales no sea posible inferir, siquiera de forma aproximada, exigencias tan concretas como de las Directivas se opone, por sí sola, a que se apliquen a todas las adjudicaciones las mismas normas procesales relativas, por ejemplo, al tipo y contenido de la publicidad.

72. Ciertamente, redundaría en interés de la claridad y de la seguridad jurídicas, y sería ventajoso tanto para las entidades adjudicadoras y concedentes como para las empresas en cuanto potenciales licitadores, que existiera un régimen de adjudicaciones de Derecho primario o cuanto menos unos

pocos regímenes de tal clase: así, podrían evitarse los problemas que en la práctica surgen como consecuencia de que, en el curso de un procedimiento de adjudicación de una concesión, tal adjudicación se convierta durante las negociaciones en un contrato público.<sup>34</sup>

73. Sin embargo, por otra parte, en las adjudicaciones resulta ventajoso que las partes dispongan de un cierto margen de libertad. Así, las Directivas prevén una serie de posibilidades de configuración. Algo similar debería observarse con toda razón en el ámbito de aplicación del Derecho primario.

74. El problema consiste en establecer categorías de adjudicaciones a las que se aplicasen regímenes diferentes. Ahora bien, ni del tenor del Tratado ni de la jurisprudencia sobre las libertades fundamentales, en particular en lo relativo a las adjudicaciones de contratos públicos, cabe inferir criterios para clasificar las adjudicaciones en diversos grupos (categorías). Sin embargo, el principio de proporcionalidad hace necesario, por sí solo, que se establezca una gradación.

75. Ciertamente, sería razonable recurrir en este contexto a las excepciones previstas en

la jurisprudencia de los asuntos Teckal y Stadt Halle y en el artículo 13 de la Directiva de sectores, en el sentido de que las adjudicaciones a las que son aplicables están sujetas a un régimen simplificado. Ahora bien, a una aplicación por analogía de estas excepciones como criterio de delimitación se opone el hecho de que no existe un régimen de adjudicaciones uniforme de Derecho primario del cual cupiera apartarse.

76. Así pues, resultaría adecuado deducir criterios que también tengan en cuenta las Directivas para determinar categorías de adjudicaciones.

77. A tal respecto, un punto de vista esencial lo constituye el valor aproximado de la adjudicación.<sup>35</sup> A ello se le añade el objeto, es decir, si se trata de servicios, suministros u obras. A su vez, dentro de los servicios podría diferenciarse, de forma análoga a las Directivas, entre servicios excluidos, no prioritarios y prioritarios, en función del contenido exacto. Además, debería tomarse como referencia el grado de complejidad de la adjudicación, es decir, si se trata de bienes más bien estandarizados o de complejos proyectos de infraestructuras cuyas condiciones técnicas, jurídicas o financieras no puedan indicarse en modo alguno al principio de procedimiento de adjudicación.

34 — Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004) 327 final, puntos 34 y ss.

35 — El legislador comunitario consideró que los procedimientos de las Directivas no son adecuados para contratos públicos de escaso valor (auto Vestergaard, citado en la nota 19 *supra*, apartado 19).

78. Estas clasificaciones que pueden hallarse en las Directivas se basan en la idea, de aplicación general en el ámbito de las adjudicaciones, de que determinadas adjudicaciones son más relevantes para el mercado interior que otras, es decir, interesan a un grupo mayor de operadores económicos, y también a empresas de otros Estados miembros. Este aspecto debe ser significativo en la aplicación de las libertades fundamentales, si bien éstas requieren que exista un elemento transfronterizo.

79. Además, al objeto de delimitar las categorías, es decir, de asignar una determinada adjudicación a una determinada categoría y, de este modo, a un determinado régimen, podrían tomarse como referencia, al igual que en las Directivas, determinadas circunstancias, tales como la existencia de derechos de exclusiva por razones de urgencia. De este modo, determinadas adjudicaciones que están comprendidas en el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales quedarían exentas, incluso en su totalidad, de la publicación de un anuncio de licitación.

80. En el nivel superior se situaría un sistema que comprenda todas las adjudicaciones —y que esté compuesto de varias categorías con regímenes distintos— que, sin embargo, en última instancia daría lugar a un régimen de adjudicaciones de Derecho primario de varios niveles configurado a imitación de las Directivas o bien, más exactamente, a la existencia de varios regímenes. La transparencia a la que se ha aludido en el presente procedimiento prejudicial sólo constituye un ámbito normativo entre otros muchos.

81. Por último, ha de hacerse referencia al principio de efectividad igualmente aplicable a los procedimientos de adjudicación. En virtud de tal principio, procede tomar en consideración el procedimiento concreto en su totalidad, su desarrollo y sus particularidades.<sup>36</sup>

### 3. Las exigencias del Derecho primario

82. Como punto de partida cabe afirmar que, en cualquier caso, en el marco del Derecho primario no procede aplicar el mismo régimen de adjudicaciones que se observa en el ámbito de aplicación de las Directivas. A tal amplia extrapolación se oponen sobre todo dos razones.

83. En primer lugar, de este modo —y sin seguirse el procedimiento legislativo previsto en el Derecho primario— se aplicaría a otras adjudicaciones el régimen establecido únicamente para las adjudicaciones comprendidas en tales Directivas, lo que constituiría una elusión del procedimiento legislativo comunitario. En segundo lugar, se eludirían las propias Directivas, que establecen disposiciones únicamente para determinadas adjudicaciones.

<sup>36</sup> — Sentencias Steffensen, citada en la nota 27 *supra*, apartado 66, y —en particular para la normativa en materia de adjudicaciones— Santex, citada en la nota 27 *supra*, apartado 56.



84. Ahora bien, ha de recordarse con carácter previo que las exigencias que cabe inferir de las libertades fundamentales se aplican en principio a todos los aspectos de las adjudicaciones, es decir, por un lado, a la parte material, por ejemplo, a la descripción del objeto de la prestación (por ejemplo, mediante especificaciones técnicas o el período de vigencia de una concesión) o a los criterios de idoneidad (sobre todo en materia de cualificación) y de adjudicación, en cuyo ámbito deberá observarse en particular el principio de reconocimiento mutuo. Por otro lado, estas exigencias se aplicarán también a la parte procesal, es decir, al procedimiento en sentido estricto, como la elección del tipo de procedimiento —incluida la publicación del anuncio de licitación— y los plazos (por ejemplo, para la recepción de la solicitud de participación o de la oferta).

85. Junto a la exigencia de transparencia del objeto del procedimiento, cabe añadir también como criterios la exigencia de igualdad de trato, vinculada a la anterior,<sup>37</sup> el principio de competencia y el principio de proporcionalidad, que también serían aplicables en el ámbito de aplicación del Derecho primario.

86. De la exigencia de igualdad de trato se infiere que la elección de los concesionarios debe efectuarse sobre un fundamento objetivo. Ello significa igualmente que deben

cumplirse los requisitos establecidos al principio del procedimiento de adjudicación y que éstos deben aplicarse de la misma forma a todos los licitadores.

87. Sin embargo, dado que el presente procedimiento prejudicial versa únicamente sobre la cuestión de la transparencia, las siguientes consideraciones se limitarán a este aspecto.

#### a) La transparencia

88. En primer lugar, ha de aclararse que, con arreglo a las Directivas, el concepto de transparencia no sólo comprende los aspectos vinculados a la publicidad de determinados procedimientos de adjudicación. Entre estos últimos se encuentran, por ejemplo, las diversas clases de anuncios, como la invitación para participar en un procedimiento de adjudicación o el anuncio de licitación, es decir, la invitación a presentar ofertas.

89. Las Directivas contienen también otras obligaciones de publicidad, como la de anunciar la adjudicación efectuada. Además, las Directivas prevén obligaciones de registro interno como, por ejemplo, la elaboración de

37 — Sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y *3-S* (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 31, y *Telaustria y Telefonadress*, citada en la nota 2 *supra*, apartado 61.

informes o la conservación de determinados documentos.<sup>38</sup> Estas obligaciones podrían extrapolarse igualmente al Derecho primario.

90. Además, el principio de transparencia constituye, sobre todo, un principio rector del procedimiento de adjudicación en su totalidad. Ello comprende igualmente la verificabilidad de las decisiones de la entidad adjudicadora y, con carácter general, la objetividad en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

91. En el presente procedimiento se ha instado al Tribunal de Justicia a concretar con mayor precisión su jurisprudencia sobre la obligación de publicidad. En efecto, en la sentencia *Telaustria y Telefonadress*, estableció el principio de que la entidad adjudicadora debe «garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una *publicidad adecuada* que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».<sup>39</sup>

92. El punto de partida para determinar cuál es la «publicidad adecuada» está constituido por la finalidad de la exigencia de transparencia que procede interpretar. En efecto, al igual que sucede con las Directivas, en el

ámbito de aplicación del Derecho primario la transparencia debe garantizar una competencia no falseada y que contribuya a la apertura de los mercados nacionales.

93. La «publicidad adecuada» de una adjudicación afecta en primer lugar a la cuestión de si ésta ha de hacerse pública. Así, no debe excluirse que puedan darse casos en los que quepa efectuar una adjudicación libre, es decir, un procedimiento de adjudicación sin previo anuncio. En efecto, lo que está permitido por las Directivas también debe ser admisible en el ámbito de aplicación del Derecho primario. Al objeto de no diluir la diferencia entre Directivas y Derecho primario, resultaría demasiado estricto que sólo se pudiera omitir el anuncio de un procedimiento de adjudicación en las condiciones previstas en las Directivas, es decir, únicamente por las razones enumeradas en ellas de forma taxativa. De igual modo, sería demasiado estricto supeditar la licitud de tal procedimiento a que se invite directamente a todos los licitadores potenciales. Ahora bien, si la entidad adjudicadora o concedente procediera de este modo, se satisfaría en cualquier caso la exigencia de transparencia.<sup>40</sup>

94. Por el contrario, ha de impedirse que las entidades adjudicadoras o concedentes abusen del margen de libertad que se les ha concedido. En consecuencia, podría consi-

38 — A tal respecto, véanse los artículos 12 de la Directiva de servicios y 41 de la Directiva de sectores.

39 — Sentencia *Telaustria y Telefonadress*, citada en la nota 2 *supra*, apartado 62; el subrayado es mío.

40 — Así lo acepta también el Abogado General Fennelly en sus conclusiones presentadas en el asunto *Telaustria y Telefonadress* (punto 43), siempre que los licitadores no sean todos o casi todos empresas del mismo Estado que la entidad adjudicadora.

derarse que existe una obligación de publicidad básica de Derecho primario con varias posibilidades de excepción. Así pues, la entidad adjudicadora o concedente tendría que motivar en cada caso su decisión de apartarse de la regla de publicidad.

95. Ahora bien, aunque se parte de la existencia de una obligación de publicidad de principio, quedan aún muchos detalles abiertos.

96. Así, en primer lugar, se suscita la cuestión del medio de publicación: por un lado, su extensión geográfica, es decir el nivel local, regional, nacional o europeo, y por otro lado, el tipo de medio. Así, entre los medios impresos clásicos, tales como diarios oficiales, periódicos o publicaciones del correspondiente sector económico, cabe acudir también a los medios electrónicos como Internet. En determinadas circunstancias, puede incluso recurrirse a la forma arcaica del anuncio (Aushang).<sup>41</sup>

97. Ahora bien, la forma de publicidad sólo constituye uno de los aspectos que se han de considerar. Para la entidad adjudicadora o concedente también es importante saber qué exigencias imponen las libertades fundamen-

tales en relación con el contenido mínimo del anuncio. Con carácter general, se aplica aquí el criterio de que ha de darse toda la información que las empresas necesiten para poder decidir sobre su participación en el procedimiento de adjudicación o sobre la presentación de una oferta. Ahora bien, en modo alguno cabe inferir de las libertades fundamentales tantos pormenores, aplicables en todos los casos —y que posteriormente se traduzcan, en su conjunto, en modelos de anuncios—, como están previstos en las Directivas. En consecuencia, puede establecerse el siguiente principio en materia de contenido mínimo de un anuncio: las libertades fundamentales no obligan en todos los casos a las indicaciones que prescriben los modelos de anuncio previstos en el Derecho derivado.

98. Tanto la clase como el contenido del anuncio dependerá de los criterios mencionados en el marco del Derecho primario para la formación de categorías de adjudicaciones y para la gradación resultante de la misma.

99. Habida cuenta de la circunstancia de que de los autos, y en particular de la resolución de remisión, no cabe inferir los pormenores necesarios para poder determinar el grado de publicidad adecuada para el procedimiento principal, y a la vista del principio según el cual en el procedimiento prejudicial previsto en el artículo 234 CE no corresponde aplicar disposiciones de Derecho comunitario a unos hechos concretos, corresponde al

41 — Así lo estima también la Comisión en la Comunicación citada en la nota 29 *supra*.

órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la cuestión de si en el asunto examinado el litigio principal se ha respetado dicha obligación.<sup>42</sup>

100. En este punto, el órgano jurisdiccional nacional deberá tomar en consideración, como si de un estudio de mercado se tratara, a qué operadores económicos interesa la adjudicación proyectada para determinar la competencia potencial; a tal respecto, el valor y el objeto de la adjudicación tendrán una relevancia decisiva.

b) La excepción de determinadas adjudicaciones cuasi internas

101. Como ya se ha expuesto, ni la excepción de Derecho secundario de la jurisprudencia Teckal y Stadt Halle ni la excepción prevista en el artículo 13 de la Directiva de sectores pueden dar lugar a una inaplicación del Derecho primario, es decir, de las libertades fundamentales pertinentes en el presente asunto.

102. Si procede calificar la adjudicación del procedimiento principal como concesión de servicios y, por tanto, dicha adjudicación no queda comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas, no procede pronunciarse sobre la cuestión de si las Directivas no se aplican a la adjudicación concreta en virtud de otra circunstancia, por ejemplo porque se aplique la excepción de la jurisprudencia o de la Directiva de sectores. En efecto, la aplicación del Derecho primario tiene otro fundamento.

103. Por lo demás, no incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento prejudicial previsto en el artículo 234 CE, aplicar las disposiciones comunitarias a la situación concreta. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones.<sup>43</sup> Por el contrario, correspondería al órgano jurisdiccional nacional examinar si en el procedimiento principal se han observado los criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia o los requisitos de la Directiva de sectores. A tal fin, debería comprobarse en primer lugar si es aplicable alguna de las Directivas.

104. Si se está en presencia de una concesión de servicios y, en consecuencia, las Directivas no son aplicables, se excluye en cualquier caso la aplicación de las dos excepciones relativas a las operaciones cuasi internas.

42 — Sobre tal solución, véase la sentencia Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 2 *supra*, apartado 63.

43 — A este respecto, véanse las sentencias Teleaustria y Telefonadress, citada en la nota 2 *supra*, apartado 63; de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom (C-448/01, Rec. p. I-14527), así como el auto Comune di Udine, citado en la nota 21 *supra*.

## **VI. Conclusión**

105. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que conteste a la cuestión prejudicial del modo siguiente:

«Los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que establecen, en principio, una obligación de transparencia. Sin embargo, dichos artículos no se oponen en todos los casos a una adjudicación directa, es decir a una adjudicación sin anuncio o convocatoria de licitación. Para apreciar la cuestión de si es admisible o no una adjudicación directa en un procedimiento de adjudicación como el del procedimiento principal, el órgano jurisdiccional nacional deberá tomar en consideración, como si de un estudio de mercado se tratara, a qué operadores económicos interesa la adjudicación proyectada para determinar la competencia potencial; a tal respecto, el valor y el objeto de la adjudicación tendrán una relevancia decisiva.»